



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
SEGUNDA SEÇÃO DE JULGAMENTO

Processo nº 10880.013275/00-36
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 2101-001.909 – 1ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 16 de outubro de 2012
Matéria IRPF - Imposto sobre a Renda de Pessoa Física
Recorrente Construtora Tarjab Ltda.
Recorrida Fazenda Nacional

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA RETIDO NA FONTE - IRRF

Exercício: 1990, 1991, 1992

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. NULIDADE DA DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. INOCORRÊNCIA.

Não é nula a da decisão de primeira instância proferida por órgão competente e com enfrentamento de todos os argumentos trazidos na impugnação.

IMPOSTO DE RENDA NA FONTE SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - ILL. RESTITUIÇÃO/COMPENSAÇÃO. DECADÊNCIA.

De acordo com a regra do RE nº 566.621/RS, decidido na sistemática do artigo 543-B do Código de Processo Civil, o que a torna de observância obrigatória por este Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, por força do artigo 62-A do RICARF, o prazo de cinco anos para pleitear a restituição de tributos, previsto no artigo 168, inciso I, do CTN, só se inicia após o lapso temporal de cinco anos para a homologação do pagamento previsto no artigo 150, § 4.º, do mesmo diploma, nos casos em que a ação tenha sido ajuizada antes de 9 de junho de 2005.

Na hipótese, o pedido de restituição foi formalizado em 29 de agosto 2000, de sorte que, na data do pedido, não havia ocorrido a decadência para os pagamentos correspondentes aos “fatos geradores” ocorridos a partir de 29 de agosto de 1990.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em afastar a preliminar de nulidade suscitada e dar provimento em parte ao recurso, para afastar a decadência do direito a repetição de indébito relativa a fatos geradores ocorridos a partir de 29 de agosto de 1990 e determinar o retorno dos autos à autoridade preparadora para análise do mérito do pedido.

(assinado digitalmente)

LUIZ EDUARDO DE OLIVEIRA SANTOS - Presidente.

(assinado digitalmente)

CELIA MARIA DE SOUZA MURPHY - Relatora.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Luiz Eduardo de Oliveira Santos (Presidente), Gonçalo Bonet Allage, José Raimundo Tosta Santos, Alexandre Naoki Nishioka e Celia Maria de Souza Murphy (Relatora). Ausente, justificadamente, o conselheiro Gilvanci Antonio de Oliveira Sousa.

Relatório

Trata o presente processo de pedido de restituição de Imposto de Renda na Fonte sobre o Lucro Líquido (ILL), relativo aos exercícios de 1990 a 1992, protocolado em 29 de agosto de 2000.

A Delegacia da Receita Federal em São Paulo, por meio do Despacho Decisório às fls. 17 a 19, não conheceu do pedido, por entender que teria ocorrido a decadência do direito à restituição, com fundamento no Ato Declaratório SRF nº 96, de 1999.

Em 15.8.2001, a interessada apresentou “recurso voluntário” (fls. 22 a 30), no qual argumenta que o pedido de restituição deveu-se à declaração de inconstitucionalidade do artigo 35 da Lei nº 7.713, de 1988, pelo Supremo Tribunal Federal e da edição da Resolução do Senado Federal nº 82, de 1996, a qual suspendeu a eficácia jurídica daquele dispositivo legal.

Às fls. 33, anexou-se Pedido de Compensação, formalizado em 21 de maio de 2001.

A Diort da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Administração Tributária em São Paulo (Derat/SP), por meio do Despacho Decisório de fls. 37 e 38, não homologou a compensação.

Novo “recurso voluntário” foi apresentado, às fls. 72 a 75, no qual a interessada sustenta que o despacho decisório exarado seria contraditório, haja vista que o pedido de compensação foi protocolizado em 16.2.2001 e, nessa época, estavam em vigor as Instruções Normativas nº 21 e nº 73, ambas de 1997, não existia o PER/DComp e não havia prazo estipulado para a compensação. Pede seja convalidado o pedido de restituição/compensação, haja vista que o direito de ação fluiria a partir da homologação do crédito tributário e, no caso do ILL, o prazo de prescrição seria contado a partir da Resolução do Senado Federal nº 82, de 18 de novembro de 1996.

A Diort da Derat/SP, exarou Despacho Decisório Complementar às fls. 90 e 91, decidindo não homologar as compensações objeto dos PER/DComp relacionados à fl. 76, apresentados em 14 e 16 de agosto de 2004, porque a legislação tributária não permitiria a compensação após a ciência da decisão administrativa que indeferiu o crédito. Por meio do

mesmo ato administrativo, ratificou os termos da decisão às fls. 17 a 19 e a decisão complementar às fls. 37 e 38.

A interessada apresentou a manifestação de inconformidade às fls. 116 a 125, alegando que a hipótese dos autos, embora não prevista em lei, guardaria similitude com o disposto no artigo 165, inciso III, do Código Tributário Nacional, tendo em vista que, para as situações conflituosas, o prazo do artigo 168 deveria ser contado a partir do momento em que o conflito fosse sanado, ou por meio da edição de Resolução do Senado Federal reconhecendo a inconstitucionalidade de lei, de acordo com decisão do Supremo Tribunal Federal exarado em controle difuso; ou por meio de ato administrativo reconhecendo o caráter indevido da exação; ou ainda através de acórdão do STF declarando a inconstitucionalidade em controle concentrado. Requer a suspensão do julgamento do PER/DComp enquanto pendente a definição do mérito, no processo principal, no qual se discute a legitimidade da repetição do indébito do ILL.

Às fls. 143 e 144 consta Despacho Decisório Re-Ratificador EQPIR/PJ, emitido ante a constatação que o despacho de fls. 90 e 91 não continha a assinatura da autoridade administrativa. Foi ratificada a decisão de não homologar as PER/DComp relacionadas às fls. 76 e confirmados os demais termos a decisão de fls. 17 a 19, assim como o Despacho Decisório às fls. 37 e 38 e o Despacho Decisório Complementar às fls. 90 e 91.

Em 22.4.2009, a interessada apresentou manifestação de inconformidade (fls. 146 a 155), na qual repisa as mesmas razões de defesa veiculadas na manifestação de inconformidade às fls. 116 a 125.

A 3.^a Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em São Paulo 1 (SP) julgou a manifestação de inconformidade improcedente e não reconheceu o direito creditório pleiteado, por meio do Acórdão n.º 16-22.503, de 19 de agosto de 2009, que contou com a seguinte ementa:

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Exercício: 1990, 1991, 1992

SOBRESTAMENTO. IMPOSSIBILIDADE.

Não há previsão legal para o sobrestamento do feito, à luz das normas reguladoras do Processo Administrativo Fiscal, devendo a Administração Pública impulsioná-lo até sua conclusão (Princípio da Oficialidade).

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Exercício: 1990, 1991, 1992

PEDIDO DE RESTITUIÇÃO. DECADÊNCIA.

O direito de pleitear a restituição, no caso de tributo sujeito a lançamento por homologação, extingue-se com o decurso do prazo de cinco anos contados da data do pagamento antecipado. Tal interpretação, dada pela Lei Complementar nº 118, de 2005 (artigos 3º e 4º), aplica-se aos atos ou fatos pretéritos.

Mantém-se a decisão que não homologou as compensações vinculadas ao crédito pleiteado, uma vez confirmado o entendimento da autoridade administrativa quanto à decadência do direito à restituição.

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Direito Creditório Não Reconhecido

Inconformada, a interessada interpôs recurso voluntário às fls. 174 a 197, na qual reitera todos os argumentos anteriormente suscitados. Rebate o argumento do órgão julgador **a quo**, quando menciona que a Resolução do Senado da República n.º 82, de 1996 refere-se ao “acionista”, porque entende que não houve questionamento anterior quanto à validade do crédito tributário, mas somente quanto ao prazo do exercício do direito à recuperação do indébito. Diz que a autoridade administrativa reconhece o cerceamento ao seu direito de defesa quando alega que “explicitar a razão de não haver sido apreciado no despacho decisório” mantendo o entendimento, sem justificar, acerca da decadência do direito à restituição.

Pede a reforma da decisão **a quo**, por entender que:

a) O prazo prescricional conta-se a partir da extinção definitiva do crédito tributário nos termos do § 4º, do art. 150 do CTN;

b) o marco inicial para a contagem do prazo prescricional nas soluções jurídicas conflituosas inicia-se a partir da publicação do ato administrativo (IN 31/97) que dispensa a exigência do crédito tributário pela Fazenda Pública e que não se confunde com Medida Provisória;

c) Não se consumou a prescrição, em obediência às regras do CTN, da recente manifestação proferida pelo STJ (AI nos EDRsp 644.736), bem como da própria condicionante observada pelo v. Acórdão, eis que os preceitos contidos na redação do art. 3º da Lei Complementar 118/05 somente têm efeito a partir da sua vigência;

d) não se pode admitir como definido aquilo que efetivamente não está; sendo assim, deve haver a suspensão do julgamento do PER/DComp enquanto se aguarda a definição, quanto ao mérito, do processo principal encaminhado ao Conselho de Contribuintes, no qual se discute a legitimidade a repetição do indébito do ILL.

Os autos foram encaminhados à Primeira Seção de Julgamento deste Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. Por meio do Despacho n.º 80, de 29.2.2012 (fls. 201 e 202), o Presidente da 3.ª Câmara daquela Seção encaminhou-os a esta Segunda Seção de Julgamento, onde foram distribuídos a esta Relatora.

É o Relatório.

Voto

Conselheira Celia Maria de Souza Murphy

Primeiramente, cumpre assinalar que o recurso voluntário foi recebido, no CAC-Luz da Secretaria da Receita Federal do Brasil, com as seguintes ressalvas:

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 11/12/2012 por CELIA MARIA DE SOUZA MURPHY, Assinado digitalmente em 09/11/2012 por LUIZ EDUARDO DE OLIVEIRA SANTOS

10/2012 por CELIA MARIA DE SOUZA MURPHY, Assinado digitalmente em 09/11/2012 por LUIZ EDUARDO DE OLIVEIRA SANTOS

Impresso em 11/12/2012 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

- b) falta de documentos de identificação dos signatários;
- c) não anexada cópia do documento emitido pela Receita Federal do Brasil que deu origem à manifestação do contribuinte.

Examinando os autos, encontra-se, às fls. 140 e 141, instrumento de procuração emitido em 12 de setembro de 2008, no qual a Construtora Tarjab Ltda., representada por José Ross Tarifa e Joaquim Tarifa Lembe, confere a Vagner Aparecido Nóbrega Valente e Luciano Francisco poderes para “representá-la nos autos de processo administrativo nº 10880.013275 /00-36 intimação n.º 4.943/2008, que lhe mova a Secretaria da Receita Federal do Brasil”.

Cópia do documento de identificação de Vagner Aparecido Nóbrega Valente está anexada às fls. 135 e, às fls. 126 a 133, consta Alteração Contratual e Consolidação do Contrato Social da pessoa jurídica, em cuja cláusula 8.^a verifica-se a competência de dois sócios para outorgar procuração. Tendo em vista que José Ross Tarifa e Joaquim Tarifa Lembe são sócios da Construtora Tarjab, comprovada a representação.

O documento emitido pela Secretaria da Receita Federal do Brasil que originou a manifestação do contribuinte foi o Acórdão n.º 16-22.503, da 3.^a Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em São Paulo 1, às fls. 161 a 171.

Estão cumpridos, portanto, todos os requisitos assinalados pela Delegacia da Receita Federal do Brasil na peça recursal.

Sendo assim, o Recurso Voluntário, tempestivo, atende aos demais requisitos legais previstos no Decreto nº 70.235, de 1972. Dele conheço.

No presente processo, a interessada pleiteou, em 29.8.2000 (fls. 1), a restituição do imposto sobre a renda na fonte incidente sobre o lucro líquido correspondente aos anos-calendários 1989, 1990 e 1991.

A Delegacia da Receita Federal em São Paulo não tomou conhecimento do pedido, por entender que, na data em que foi protocolado, já havia ocorrido a decadência. Ponderou que os valores objeto do pedido de restituição apresentado em 29.8.2000 foram recolhidos nos anos de 1990, 1991 e 1992, ficando a solicitação prejudicada por ter ocorrido a decadência do direito à restituição do indébito para os pagamentos efetuados anteriormente a 30.8.1995 (fls. 17 a 19).

A interessada não se conformou com tal decisão e, em 15 de agosto de 2001, sob o nome de “recurso voluntário”, apresentou manifestação de inconformidade (fls. 22 a 30), alegando que o direito à restituição assenta-se na conjugação da exegese dos artigos 173 e 174 do CTN, ou seja, cinco anos para a autoridade fazendária efetuar a homologação "expressa ou tácita" do lançamento e ratificar o crédito tributário e mais cinco anos relativos ao prazo prescricional, contado a partir da constituição do crédito definitivo.

Ocorre que, em 21.5.2001, havia sido apresentado Pedido de Compensação de créditos do imposto sobre a renda na fonte incidente sobre o lucro líquido, controlados neste processo com débitos de PIS e Cofins do período de apuração dezembro de 2000 (fls. 33), mas esse documento só foi anexado aos autos em 19.3.2002 (fls. 34). Por essa razão, a Delegacia da Receita Federal não o levou em conta na apreciação do pedido, às fls. 17 a 19. O pedido de

compensação foi apreciado, em 17.12.2004, pela Delegacia da Receita Federal de Administração Tributária em São Paulo, que, em despacho decisório, não tomou conhecimento do pedido de restituição e não homologou o pedido de compensação (fls. 37 e 38).

Em 14.8.2004, novos pedidos de compensação (PER/DComp) foram protocolados pela interessada (fls. 51 a 54 e 76 a 88), indicando débitos de PIS e Cofins a compensar com créditos controlados neste processo (10880.013275/00-36).

Em 8.3.2007, a Delegacia da Receita Federal do Brasil de Administração Tributária verificou que nem todos os Pedidos de Compensação constavam dos autos, e intimou a interessada a apresentar documento. Estes foram apresentados e anexados às fls. 108 e 109. A partir deles, aquele órgão concluiu que os débitos de PIS e Cofins apurados no período de junho a setembro de 2000 haviam sido recolhidos (vide fls. 110).

A interessada apresentou, em 16 de abril de 2007 (fls. 116 a 125), manifestação de inconformidade contra a decisão proferida no Despacho Decisório às fls. 91. Todavia, tendo em vista que esse Despacho Decisório foi juntado aos autos sem a assinatura da autoridade administrativa competente, tal ato administrativo foi anulado.

Em seu lugar, foi emitido Despacho Re-Ratificador às fls. 143 e 144, que ratificou: (i) todos os termos da decisão de fls. 17 a 19; (ii) o despacho decisório de fls. 37 e 38; e (iii) o despacho decisório complementar de fls. 90 e 91 e não homologou as PER/DComp relacionadas às fls. 76, sob o seguinte argumento:

“Considerando que o pedido de restituição foi indeferido às fls. 17 e 19, o contribuinte entregou as referidas PER/DCOMP nos dias 14.08.2004 e 16.08.2004, após a ciência da decisão que indeferiu o pedido de restituição do crédito pleiteado e que a legislação não permite pedido de compensação após a ciência da decisão administrativa que indeferiu o crédito, proponho que não se homologuem as PER/DCOMPs de fls. 76, ratificando em todos os termos a decisão de fls. 17 a 19, o despacho decisório de fls. 37 e 38 e o despacho decisório complementar de fls. 90 e 91.”

A interessada, regularmente intimada, apresentou manifestação de inconformidade às fls. 146 a 155. No entanto, a Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em São Paulo 1 (SP) não acolheu os seus argumentos; não homologou o pedido de compensação formulado por entender que já havia ocorrido a decadência.

A relatora do voto condutor da decisão exarada por aquele órgão julgador explicou ser interpretação adotada pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, no tocante ao prazo para requerer o reconhecimento de direito creditório, a de que a extinção do crédito tributário, referida no artigo 168, inciso I, do Código Tributário Nacional (CTN), ocorre na data do pagamento indevido. Refutou a aplicação da tese do Superior Tribunal de Justiça, sustentada pela interessada, segundo a qual o prazo de cinco anos para o exercício do direito à restituição contava-se a partir do decurso do prazo de cinco anos para a homologação.

Da decisão foi interposto recurso voluntário, no qual destacam-se as questões sobre as quais passamos a discorrer.

1. Cerceamento ao direito de defesa

A recorrente sustenta ter sido violado o seu direito ao contraditório e à ampla defesa, por entender que o órgão julgador esforçou-se “em dissimular os fatos e as provas”, a

fim de concluir que o pedido de compensação havia sido protocolado em 21 de maio, e não em 16 de fevereiro de 2001. Além disso, haveria outras irregularidades e contradições na decisão proferida.

Na análise das peças dos autos, não verifiquei, nos pontos suscitados pela interessada, ter havido cerceamento ao seu direito de defesa, apto a ensejar a nulidade prevista no artigo 59, inciso II, do Decreto n.º 70.235, de 1972, que regula o processo administrativo fiscal. A decisão recorrida enfrentou todos os argumentos específicos da defesa e foi exarada por órgão competente.

No mais, as alegações da recorrente quanto ao que entendeu ser cerceamento do seu direito de defesa carecem da necessária especificidade.

Não constatei, em qualquer outra circunstância, violação ao direito à ampla defesa da interessada, que, por meio de intimação regular, teve ciência dos atos processuais e sobre eles se manifestou. Apresentou defesa contra todas as decisões proferidas nos autos, defesas essas que foram regularmente autuadas, encaminhadas e apreciadas segundo as normas do processo administrativo fiscal.

Neste aspecto, portanto, sem razão a recorrente.

2. Da suspensão do trâmite do processo administrativo fiscal

Na impugnação, a interessada alega que existe processo, encaminhado ao “Conselho de Contribuintes”, no qual se discute a legitimidade da repetição do indébito do ILL. Por essa razão, pediu a suspensão do julgamento deste processo, até que se julgue o “processo principal”.

A Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em São Paulo 1 (SP) indeferiu o pedido, argumentando que o Decreto n.º 70.235, de 1972, que regula o Processo Administrativo Fiscal, não autoriza a suspensão do trâmite processual e, além disso, segundo o princípio da oficialidade, que norteia o processo administrativo, compete à administração impulsioná-lo até sua conclusão.

No recurso voluntário, a agora recorrente volta a insistir na suspensão do julgamento do PER/DComp, pois entende que a questão não está “definitivamente transitada em julgado”.

Sobre o assunto, compete informar que, caso a recorrente entenda haver processo administrativo que verse sobre tema, que deva ser apreciado anteriormente ou em conjunto com o que aqui se discute, tanto o tema quanto o processo devem ser indicados com clareza, a fim de possibilitar sua identificação e apreciação.

No presente processo, a recorrente expõe suas razões de forma confusa e inespecífica. Na sua peça impugnatória, faz menção a um “processo principal”, mas não o identifica nem explica o que, nesse processo, poderia dar causa a uma “suspensão do julgamento” deste.

Afirma haver encaminhado, a este Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (anteriormente denominado Conselho de Contribuintes), processo no qual se discute a legitimidade da repetição do indébito do ILL.

Em consulta ao sistema de controle de processos administrativos, foram identificados, além deste, mais treze processos em nome da interessada, sendo que, na maioria deles, discute-se a restituição ou compensação de tributos. Sendo assim, com as informações, genéricas e inespecíficas, prestadas pela recorrente, não é possível nem isolar a questão que ela entende deva ser decidida antes do julgamento do presente processo, nem identificar a qual processo administrativo se refere.

3. Da decadência do direito de pleitear a restituição de tributo pago a maior ou indevidamente

Na presente hipótese, o pedido de restituição, às fls. 1, foi protocolizado em 29.8.2000 e refere-se ao imposto sobre a renda na fonte apurado sobre o lucro líquido - ILL dos períodos de apuração 1989, 1990 e 1991, recolhidos em 30.6.1992 (fls. 2), 24.6.1992 (fls. 3), 30.4.1992 (fls. 4), 30.4.1991 (fls. 6), 18.5.1990 (fls.7), sendo ilegível a data de recolhimento aposta no DARF às fls. 5.

A decadência do direito do contribuinte de pedir a restituição de tributos sujeitos ao lançamento por homologação está regulada nos artigos 150, § 4º, 165, inciso I e 168, inciso I, da Lei n.º 5.172, de 1966 (Código Tributário Nacional), os quais assim prescrevem:

Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

[...]

§ 4º Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

[...]

Art. 165. O sujeito passivo tem direito, independentemente de prévio protesto, à restituição total ou parcial do tributo, seja qual for a modalidade do seu pagamento, ressalvado o disposto no § 4º do artigo 162, nos seguintes casos:

I - cobrança ou pagamento espontâneo de tributo indevido ou maior que o devido em face da legislação tributária aplicável, ou da natureza ou circunstâncias materiais do fato gerador efetivamente ocorrido;

[...]

Art. 168. O direito de pleitear a restituição extingue-se com o decurso do prazo de 5 (cinco) anos, contados:

I - na hipótese dos incisos I e II do artigo 165, da data da extinção do crédito tributário; (Vide art 3 da LCp nº 118, de 2005)

[...].

A recorrente argumenta que a contagem do prazo decadencial para pedir a restituição administrativa, nos casos em que a lei é declarada inconstitucional, só pode ser contado a partir da declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, em ação direta, ou, na via indireta, a partir da publicação de Resolução do Senado Federal que suspenda a sua eficácia. Pontua que essa posição já está pacificada no âmbito do Primeiro Conselho de Contribuintes.

De fato, o entendimento manifestado pelo recorrente foi o que, por algum tempo, prevaleceu no então Conselho de Contribuintes, a exemplo dos julgados cuja ementa, a seguir, transcrevo:

ILL - DECADÊNCIA - O prazo decadencial para o pedido de restituição do ILL começa a contar a partir da publicação da Resolução do Senado que concedeu efeito erga omnes à declaração de inconstitucionalidade do Supremo Tribunal Federal. Decadência afastada.

(Primeiro Conselho de Contribuintes. Sexta Câmara, Turma Ordinária. Acórdão n.º 10615355, de 23.2.2006)

DECADÊNCIA - RESTITUIÇÃO DO INDÉBITO - NORMA SUSPensa POR RESOLUÇÃO DO SENADO FEDERAL - Nos casos de declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, ocorre à decadência do direito à repetição do indébito depois de 05 (cinco) anos da data de trânsito em julgado da decisão proferida em ação direta, ou, da publicação da Resolução do Senado Federal que confere efeito erga omnes à decisão proferida inter partes em processo que reconhece a inconstitucionalidade de tributo. - Resolução 82/96. Decadência afastada.

(Primeiro Conselho de Contribuintes. Sexta Câmara, Turma Ordinária. Acórdão n.º 10613736, de 4.12.2006).

DECADÊNCIA - PEDIDO DE RESTITUIÇÃO - TERMO INICIAL - Em caso de conflito quanto à inconstitucionalidade da exação tributária, o termo inicial para contagem do prazo decadencial do direito de pleitear a restituição de tributo pago indevidamente inicia-se: a) da publicação do acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal em ADIN; b) da Resolução do Senado que confere efeito erga omnes à decisão proferida inter partes em processo que reconhece inconstitucionalidade de tributo; c) ou, em havendo publicação de ato administrativo, a partir desta data. Recurso especial negado.

(Câmara Superior de Recursos Fiscais. Primeira Turma. Acórdão n.º 40400182, de 13.12.2005).

Todavia, o tema da decadência do direito de pedir a restituição de tributos sujeitos ao lançamento por homologação declarados inconstitucionais continuou sendo discutido no âmbito do Poder Judiciário, e suscitou decisões em vários sentidos, sobretudo após a edição da Lei Complementar nº 118, de 2005.

No julgamento do Recurso Especial nº 1.002.932/SP, o Superior Tribunal de Justiça – STJ decidiu que o prazo para protocolizar o pedido de restituição de tributos, após a Lei Complementar nº 118, de 2005, conta-se da seguinte forma:

1) recolhimentos efetuados antes da Lei Complementar n.º 118, de 2005: prazo de dez anos (tese dos “cinco mais cinco”), a contar do pagamento indevido, limitado ao período máximo de cinco anos a contar da vigência da lei nova;

2) recolhimentos realizados após a vigência da Lei Complementar n.º 118, de 2005: prazo de cinco anos a contar da data do pagamento indevido.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 566.621/RS, de 11.10.2011, que transitou em julgado em 17.11.2011, seguindo a sistemática do artigo 543-B do CPC, reconheceu a inconstitucionalidade da parte final do artigo 4º da Lei Complementar nº 118, de 2005. Ressalvou, contudo, que o prazo decadencial de cinco anos aplica-se somente às ações ajuizadas após o decurso da **vacatio legis** de 120 dias, isto é, a partir de 9 de junho de 2005. Vejamos:

DIREITO TRIBUTÁRIO. LEI INTERPRETATIVA – APLICAÇÃO RETROATIVA DA LEI COMPLEMENTAR Nº 118/2005. DESCABIMENTO .VIOLAÇÃO À SEGURANÇA JURÍDICA . NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DA VACATIO LEGIS. APLICAÇÃO DO PRAZO REDUZIDO PARA REPETIÇÃO OU COMPENSAÇÃO DE INDÉBITOS AOS PROCESSOS AJUIZADOS A PARTIR DE 9 DE JUNHO DE 2005.

Quando do advento da LC 118/05, estava consolidada a orientação da Primeira Seção do STJ no sentido de que, para os tributos sujeitos a lançamento por homologação, o prazo para repetição ou compensação de indébito era de 10 anos contados do seu fato gerador, tendo em conta a aplicação combinada dos arts. 150, § 4º, 156, VII, e 168, I, do CTN.

A LC 118/05, embora tenha se autoproclamado interpretativa, implicou inovação normativa, tendo reduzido o prazo de 10 anos contados do fato gerador para 5 anos contados do pagamento indevido.

Lei supostamente interpretativa que, em verdade, inova no mundo jurídico deve ser considerada como lei nova.

Inocorrência de violação à autonomia e independência dos Poderes, porquanto a lei expressamente interpretativa também se submete, como qualquer outra, ao controle judicial quanto à sua natureza, validade e aplicação.

A aplicação retroativa de novo e reduzido prazo para a repetição ou compensação de indébito tributário estipulado por lei nova, fulminando, de imediato, pretensões deduzidas tempestivamente à luz do prazo então aplicável, bem como a aplicação imediata às pretensões pendentes de ajuizamento quando da publicação da lei, sem resguardo de nenhuma regra de transição, implicam ofensa ao princípio da segurança jurídica em seus conteúdos de proteção da confiança e de garantia do acesso à Justiça.

Afastando-se as aplicações inconstitucionais e resguardando-se, no mais, a eficácia da norma, permite-se a aplicação do prazo reduzido relativamente às ações ajuizadas após a vacatio legis, conforme entendimento consolidado por esta Corte no enunciado 445 da Súmula do Tribunal.

O prazo de vacatio legis de 120 dias permitiu aos contribuintes não apenas que tomassem ciência do novo prazo, mas também que ajuizassem as ações necessárias à tutela dos seus direitos.

Inaplicabilidade do art. 2.028 do Código Civil, pois, não havendo lacuna na LC 118/08, que pretendeu a aplicação do novo prazo na maior extensão possível, descabida sua aplicação por analogia. Além disso, não se trata de lei geral, tampouco impede iniciativa legislativa em contrário.

Reconhecida a inconstitucionalidade art. 4º, segunda parte, da LC 118/05, considerando-se válida a aplicação do novo prazo de 5 anos tão-somente às ações ajuizadas após o decurso da vacatio legis de 120 dias, ou seja, a partir de 9 de junho de 2005.

Aplicação do art. 543-B, § 3º, do CPC aos recursos sobrestados.

Recurso extraordinário desprovido.

(STF, Pleno, RE nº 566.621/RS, Relatora Ministra Ellen Gracie, DJE de 11/10/2011)

Por força do que determina o artigo 62-A do Regimento Interno deste Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, as decisões proferidas neste âmbito ficam vinculadas àquelas exaradas pelos Tribunais Superiores. Desse modo, o entendimento acima, emitido segundo a sistemática do artigo 543-B do CPC, deve ser aplicado aos processos administrativos fiscais.

Verifica-se, todavia, que o provimento judicial determina a manutenção da teoria dos “cinco mais cinco” para as ações ajuizadas antes de 9 de junho de 2005. Sendo assim, para possibilitar sua aplicação no âmbito administrativo, é de se entender que essa regra deve ser utilizada para os pedidos protocolados nas repartições competentes antes dessa data.

No presente caso, a decisão mais benéfica, da aplicação da tese dos “cinco mais cinco” aproveita ao recorrente. É que o pedido de restituição do imposto sobre a renda na fonte sobre o lucro líquido foi protocolado em 29.8.2000, antes, portanto, de 9 de junho de 2005 (fls. 1). Desta feita, aplica-se o prazo decadencial de dez anos para pleitear a restituição/compensação (cinco mais cinco). Dessa análise conclui-se que não ocorreu a decadência do direito à restituição/compensação dos créditos recolhidos que se refiram aos “fatos geradores” ocorridos a partir de 29 de agosto de 1990.

Tendo em vista que a interessada pleiteia a restituição/compensação, entre outros, de créditos de imposto cujo “fato gerador” se deu depois de 29 de agosto de 1990, há que se apreciar o mérito do pedido da recorrente. Todavia, não pode este Conselho Administrativo de Recursos Fiscais manifestar-se, de forma inaugural, sobre o assunto, sob pena de supressão de instância. Por essa razão, uma vez afastada a decadência do direito de pleitear a restituição/compensação dos créditos correspondentes aos “fatos geradores”

ocorridos a partir de 29 de agosto de 1990, necessário que a repartição de origem aprecie o mérito do pedido da interessada.

Por esse motivo, para o fim acima indicado, entendo que os presentes autos devem retornar à Delegacia da Receita Federal do Brasil de Administração Tributária em São Paulo (SP).

Conclusão

Ante todo o exposto, voto por afastar a preliminar de nulidade suscitada e dar provimento em parte ao recurso para afastar a decadência do direito de pedir a restituição do imposto sobre a renda na fonte sobre o lucro líquido quanto aos “fatos geradores” ocorridos a partir de 29 de agosto de 1990, determinando o retorno dos autos à autoridade preparadora para análise do mérito do pedido.

(assinado digitalmente)

Celia Maria de Souza Murphy - Relatora